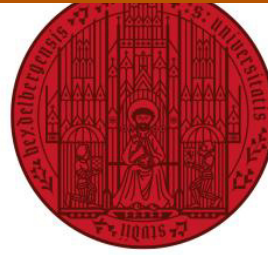




**JURISTISCHE FAKULTÄT**



**UNIVERSITÄT  
HEIDELBERG**  
ZUKUNFT  
SEIT 1386

Zusammenfassung der Dissertation mit dem Titel

## **„Korruption, amerikanische Börsenaufsicht und Ermittlungen durch Private in Deutschland“**

Dissertation vorgelegt von Sabrina Potočić

Erstgutachter: Prof. Dr. Dres. h.c. Werner F. Ebke

Zweitgutachter: Prof. Dr. Hans-Jürgen Hellwig

Institut für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht

# Korruption, amerikanische Börsenaufsicht und Ermittlungen durch Private in Deutschland

- Dissertation von Sabrina Potočić -

## Zusammenfassung

Thema der Dissertation ist die Frage, ob es in Deutschland zulässig ist, dass deutsche Aktiengesellschaften, denen die Bestechung von Personen im Ausland und damit ein Verstoß gegen den US-amerikanischen *Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)* vorgeworfen wird, unternehmensinterne Ermittlungen mit dem Ziel durchführen, die Ergebnisse den US-amerikanischen Behörden, speziell der *Securities and Exchange Commission (SEC)* offen zu legen.

Hintergrund der Fragestellung ist die Einigung zwischen der Siemens AG und den US-amerikanischen und deutschen Behörden im Jahr 2008 über die Zahlung von ca. USD 1,6 Mrd. für die der Siemens AG und einigen ihrer Tochtergesellschaften zur Last gelegten Verstöße gegen das Verbot der Bestechung im Ausland. Die SEC betonte, dass für den Inhalt der Einigung und insbesondere die reduzierte Höhe der Zahlungsverpflichtungen bestimmend gewesen sei, dass Siemens uneingeschränkt mit den US-Behörden kooperiert habe. Die Kooperation bestand insbesondere in der Durchführung umfangreicher unternehmensinterner Ermittlungen mittels einer zu diesem Zweck mandatierten Anwaltskanzlei. Diese Art der Kooperation deutscher Unternehmen mit den US-amerikanischen Behörden setzt sich bis heute in dieser Form fort.

Die Sachverhaltsaufklärung durch interne Ermittlungen und die Kooperation mit den US-Behörden wurde in Deutschland sehr kritisch aufgenommen. Dabei verliehen Stimmen in der Presse und der juristischen Fachliteratur dem Gefühl Ausdruck, die USA exportierten blind ihre Standards, belegten gerade deutsche Unternehmen mit den höchsten jemals entrichteten Zahlungspflichten, eröffneten vor allem US-amerikanischen Anwälten ein lukratives Arbeitsfeld im Ausland und deutsche Arbeitnehmer hätten als „Bauernopfer“ für das Unternehmen herzuhalten. Das Unternehmen selbst hingegen sowie die Anwälte, die den Sachverhalt aufklärten, verteidigen das Vorgehen als effektive Selbstreinigung und betrachten es als berechtigtes Anliegen der SEC, ihre hohen Standards effizient durchzusetzen.

Die Dissertation führt die vordringlichsten Vorwürfe auf eine rechtliche Fragestellung zurück und prüft jeweils die Vereinbarkeit des Vorgehens mit dem Völkerrecht und dem deutschen Recht. Fragen der Rechtmäßigkeit nach amerikanischem Recht werden dabei vergleichend herangezogen.

Neben einer Recherche und Analyse der deutschen und US-amerikanischen Fachliteratur beruht die Arbeit insbesondere auf Interviews, die mit Beteiligten am Siemens-Verfahren geführt wurden, d.h. mit Mitarbeitern der deutschen und US-amerikanischen Behörden und mit beteiligten Rechtsanwälten.

In einem ersten Schritt wird das US-amerikanische System zur Verfolgung von Bestechungen im Ausland überblicksartig dargestellt und erfolgt eine Einordnung und Erläuterung des Konzepts der unternehmensinternen Ermittlungen (*Hintergrund*, dazu **1.**). Sodann erfolgt eine Auseinandersetzung mit einzelnen Konfliktfeldern der Ermittlungen mit dem Völkerrecht und dem deutschen Recht (*Konfliktfelder*, dazu **2.**).

## **I. Hintergrund**

Zur thematischen Einordnung unternehmensinterner Ermittlungen ist ein Überblick über die maßgeblichen gesetzlichen Regelungen in den USA (FCPA) sowie die zuständige Behörde, die im Falle von Bestechungshandlungen durch an der US-amerikanischen Börse notierte Unternehmen in den Vordergrund tritt (SEC), erforderlich (dazu 1.). Zudem ist der Begriff der *Internal Investigation* zu erläutern und einzuordnen (dazu 2.).

### **1. FCPA und SEC**

Die Bestechung im Ausland wird in den USA auf der Grundlage des 1977 vor dem Hintergrund der Watergate-Affäre erlassenen FCPA verfolgt. Der FCPA wurde nicht als Teil des materiellen Strafrechts kodifiziert, sondern als Teil des Kapitalmarktrechts (*Securities Exchange Act, SEA*). Da die USA zu diesem Zeitpunkt die einzige Nation waren, die ihre Unternehmen für Auslandskorruption bestrafte und der Konkurrenz aus anderen Staaten die Bestechung weiterhin freistand, wurde schnell Kritik laut, der FCPA schaffe einen gravierenden Wettbewerbsnachteil für amerikanische Unternehmen. Mit der Zeit wurde daher der personelle Anwendungsbereich des Gesetzes und damit zugleich die Zuständigkeit US-amerikanischer Behörden ausgedehnt. Andere Staaten folgten dem Beispiel erst als die Mitglieder der Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (*OECD*) 1997 ein Übereinkommen schlossen, in dem auch sie sich zur Korruptionsbekämpfung verpflichteten. Die Konvention trat 1999 in Kraft.

Der FCPA erhebt einerseits besondere Ansprüche an die Rechnungslegung und die interne Kontrolle von Unternehmen und verbietet andererseits direkt die Bestechung ausländischer Amtsträger. Die Rechnungslegungsvorschriften gelten für alle Unternehmen, die sich bei der SEC registrieren müssen, was insbesondere der Fall ist, wenn ein Unternehmen an der US-amerikanischen Börse notiert ist. Die Anti-Korruptionsvorschriften erfassen ebenfalls US-Wertpapieremittenten, knüpfen daneben aber auch an die Nationalität von Individuen an sowie an die Territorialität eines Verstoßes gegen das Verbot der Bestechung im Ausland.

Abgesehen von wenigen Ausnahmeregelungen haben ausländische Wertpapieranbieter in den USA dieselben Bedingungen einzuhalten wie inländische, wenn ihre Wertpapiere in den USA (z.B. an einer Börse) oder US-amerikanischen Erwerbern angeboten werden. Die Zuständigkeit der SEC und der amerikanischen Gerichtsbarkeit ist gesondert zu bestimmen und beurteilt sich nach zwei Kriterien: Erstens nach dem Handlungsort einer Gesetzesverletzung, was die Marktintegrität wahren soll und zweitens nach den Wirkungen der Handlung, wodurch amerikanische Investoren und der Wettbewerb geschützt werden.

Bei der Frage, ab wann ein Verhalten als Handlung in den USA gilt haben die Behörden – so auch die SEC – abzuwägen, ob eine Auswirkung spezifisch und nicht nur zufällig am Rande den US-Markt trifft. Die Beurteilung hängt daher stark vom Einzelfall ab, wobei die US-amerikanischen Behörden unter dem Ruf stehen, ihre Zuständigkeit eher weit zu interpretieren.

Die Bestimmungen des FCPA werden parallel durch die SEC und das DOJ durchgesetzt. Der SEC obliegt die Ausgestaltung und Durchsetzung des US-Kapitalmarktrechts. Sie besteht aus einer Commission, der mehrere Abteilungen unterstehen. Die Behörde kann erstens Regelungen und Stellungnahmen erlassen sowie Berichte verfassen („*Rule Making*“). Zweitens verfügt die SEC über Ermittlungsbefugnisse, kann drittens in ihren Verfahren bindende Ent-

scheidungen treffen („*Adjudicatory Powers*“) und diese viertens auch durchsetzen („*Enforcement*“).

Bei einem Verdacht auf eine Verletzung von Normen, deren Überwachung und Durchsetzung der SEC übertragen worden ist, wird ein Verfahren eingeleitet, das aus einem Ermittlungsverfahren und einem Hauptverfahren besteht. Die Ermittlungen der SEC können formell auf der Grundlage ihrer Ermittlungsbefugnisse ablaufen, aber auch auf informellen, kooperationsabhängigen Maßnahmen beruhen. Die SEC legt auf ein kooperatives Verhalten sehr viel Wert und berücksichtigt dieses maßgeblich bei der Unternehmenssanktionierung, was sie insbesondere 2001 in einem Bericht, dem sogenannten „*Seaboard Report*“ zum Ausdruck brachte. Danach beruht die Sanktionierung von Unternehmen maßgeblich auf ihrer Bereitschaft, das Verhalten ihrer Mitarbeiter zu kontrollieren, ihrer Mitteilungsbereitschaft, Verbesserungsmaßnahmen und der generellen Zusammenarbeit mit den Behörden. Ca. 90% aller Fälle werden infolge einer Einigung der SEC mit dem betroffenen Unternehmen beendet, teilweise bereits während des Ermittlungsverfahrens.

Sofern ein Verstoß gegen das Kapitalmarktrecht vorsätzlich erfolgt, kann er auch strafrechtlich verfolgt werden. Dies liegt allerdings nicht im Kompetenzbereich der SEC. Zuständig ist das DOJ, das eigenständig Ermittlungen aufnehmen kann oder auf Hinweise der SEC hin tätig wird. Die Verfahren der SEC und des DOJ sind eng verwoben. Die Behörden koordinieren ihr Vorgehen und arbeiten zusammen. Die Verfahrensausgänge allerdings sind unabhängig.

Die Ermittlung und Rechtsdurchsetzung der SEC im Ausland erweist sich aber als problematisch sobald die Behörde auf Informationen angewiesen ist, die sich im Ausland befinden. Dann ist sie auf Rechtshilfe ausländischer Behörden auf der Grundlage von Abkommen – ggf. unter Mithilfe anderer nationaler Behörden wie des DOJ – oder Vereinbarungen mit anderen Finanzmarktaufsichtsbehörden angewiesen. Alternativ versucht die SEC die Unternehmen zu einer freiwilligen Kooperation und Informationsübermittlung zu bewegen, was insbesondere auf der Grundlage umfangreicher eigener Ermittlungen des Unternehmens erfolgt, deren Ergebnisse der SEC zur Verfügung gestellt werden.

## **2. Internal Investigations**

Internal Investigations sind Ermittlungen, die ein Unternehmen aufgrund eines Verdachts von Gesetzes- oder Regelverletzungen seitens seiner Mitarbeiter durchführen lässt, um so den Sachverhalt umfassend aufzuklären. Ziel der Untersuchung ist, festzustellen, ob tatsächlich Zuwiderhandlungen erfolgt sind, wer und welche Führungsebene in die Taten involviert war, welche rechtlichen Bestimmungen konkret verletzt wurden und was getan werden muss, um zukünftige Gesetzesverletzungen zu verhindern. Grundsätzlich kann Gegenstand einer internen Untersuchung jedes rechtliche oder ethische Fehlverhalten im Unternehmen sein.

Eine interne Untersuchung in einem Unternehmen ist folglich in vielen Varianten denkbar. Untersuchungsgegenstand der vorliegenden Arbeit sind indes nur ganz bestimmte Internal Investigations. Vorausgesetzt werden folgende Eigenschaften: (1) Die betroffenen Unternehmen sind *Aktiengesellschaften* nach dem deutschen Aktiengesetz. (2) Der Verdacht bezieht sich auf *Korruptionstaten*. (3) Die Ermittlungen werden durch *externe Anwälte* durchgeführt, die durch das Unternehmen mandatiert werden. (4) Die Ermittlungen stehen im Zusammenhang mit Untersuchungen der SEC, die bereits ein eigenes Verfahren eingeleitet hat und die Ermittlungsergebnisse sind dazu bestimmt, an die SEC weitergeleitet zu werden.

Internal Investigations ähnlich der hier beschriebenen Form kamen in US-amerikanischen Unternehmen zum ersten Mal Mitte der 1970er Jahre auf. Im Zuge der Aufklärung der Watergate-Affäre wurde öffentlich, dass viele Unternehmen illegale Wahlkampfspenden getätigt hatten. Daraufhin begann die SEC, sich verstärkt für Bestechungen durch Unternehmen zu interessieren, was zu weitreichenden Korruptionsermittlungen über Bestechungen an Amtsträgern im amerikanischen In- und Ausland führte. Damals ermittelten noch ausschließlich Behördenmitarbeiter. Schnell wurde jedoch deutlich, dass die finanziellen und personellen Ressourcen der SEC begrenzt und für die erforderliche Arbeit zu gering waren. Daher startete die SEC ein Programm, das Unternehmen zu selbständigen Nachforschungen und der Übermittlung der Ergebnisse an die SEC ermutigen sollte. Die SEC gewährte im Gegenzug Strafmilderungen oder sogar Straffreiheit und verzichtete teilweise auf eigene Ermittlungen. Sie ging ein großes Risiko ein, indem sie auf die Zusammenarbeit mit den Unternehmen vertraute, doch das Programm erwies sich als Erfolg. Später folgten auch andere Behörden dem Beispiel der SEC.

Eine konkrete Rechtsgrundlage für die Ermittlungen besteht nicht. Allerdings enthält das US-Kapitalmarktrecht punktuelle gesetzliche Offenlegungspflichten, die Internal Investigations im Kontext mit untergesetzlichen Erlassen insbesondere der SEC und des DOJ ausformen. Auch nach deutschem Recht besteht keine unmittelbare Pflicht, unternehmensinterne Ermittlungen durchzuführen. Allerdings kann die Unternehmensleitung insbesondere nach §§ 76 Abs. 1, 93 Abs. 1 S. 1 AktG zu einer Sachverhaltsermittlung verpflichtet sein. Die Ausgestaltung dieser Ermittlungen steht allerdings im Ermessen der Unternehmensleitung, wobei sich die Entscheidung nach dem Unternehmensinteresse richten muss.

Der Ablauf von Internal Investigations hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Typischerweise sind sie reaktiv, das heißt, sie werden durch einen konkreten Verdacht ausgelöst. Oftmals beginnt die Untersuchung auch mit einem konkreten Informationsersuchen der SEC. Sodann entscheidet das Unternehmen, ob es kooperiert und wie es dem Informationsbegehren der SEC nachkommt. Um jeglichen Anschein von Interessenkonflikten hinsichtlich der lukrativen Mandatierung zu vermeiden, schreibt die Behörde auch nicht vor, welche Kanzlei zu beauftragen ist. Selbst Vorschläge sollen unterbleiben. Im Fall Siemens etwa haben nach Darstellung der Anwälte Unternehmensvertreter nach den öffentlichkeitswirksamen Razzien der Münchener Staatsanwaltschaft 2006 mit verschiedenen US-Kanzleien Gespräche geführt und sich sodann dafür entschieden, *Debevoise & Plimpton (Debevoise)* zu beauftragen. Typischerweise fällt auch gleich zu Beginn die Entscheidung darüber, ob die Ergebnisse der Ermittlungen den Behörden übermittelt werden sollen, wobei die externen Anwälte das Unternehmen beraten. In der Regel nimmt die Kanzlei oder das Unternehmen anschließend Kontakt zu den US-amerikanischen Behörden, speziell der SEC, auf und setzt sie davon in Kenntnis, dass sie Internal Investigations durchführen wird und was die Ermittlungen abdecken werden. Den genauen Ermittlungsgegenstand bestimmt das Unternehmen unter Beratung durch die Kanzlei, wobei auch festgelegt wird, was die Anwälte den Behörden mitteilen sollen. Um den Fokus der Ermittlungen fortlaufend an die Erforderlichkeiten anzupassen, finden regelmäßige Treffen zwischen den Entscheidungsträgern des Unternehmens und den Anwälten statt. Die SEC nimmt ebenfalls Einfluss auf den Ermittlungsgegenstand, indem sie Anfragen zu einzelnen Ländern und Projekten stellt oder mehr Informationen zu bestimmten Aspekten fordert und die Anwälte diesen Anfragen in Absprache mit dem Unternehmen Folge leisten. Weltweit können auch andere Behörden zusätzlich Einfluss ausüben. Im Fall Siemens beispielsweise stellte die Staatsanwaltschaft München I ebenfalls Anfragen an Debevoise.

Zu den Ermittlungsmaßnahmen gehören typischerweise die Auswertung von Unterlagen, die Prüfung elektronischer Daten und Mitarbeiterbefragungen. Vorab sorgen die Ermittler gemeinsam mit der zuständigen Unternehmensstelle dafür, dass keine relevanten Dokumente

vernichtet werden oder abhanden kommen. Visuelle oder akustische Überwachungsmaßnahmen sind nicht Teil von Internal Investigations. Welche Daten und Unterlagen geprüft und ausgewertet werden – etwa Unterlagen der Buchhaltung, Handakten, Personalakten, E-Mails, gesamte Festplatten, sonstige Aufzeichnungen – hängt von den Erfordernissen des konkreten Falls ab. Primär finden die Ermittlungen in der Konzernzentrale statt, bei deutschen Unternehmen also typischerweise auf dem Gebiet Deutschlands. Da es sich bei Fällen der Auslandskorruption oftmals um global agierende Unternehmen handelt, können darüber hinaus weltweite Ermittlungen erforderlich sein.

In der Regel pflegen die Ermittler einen sehr intensiven Kontakt mit der SEC. So kommen etwa wöchentliche Telefonate der Anwälte mit der Behörde sowie monatliche Treffen von Behörden-, Kanzlei- und Unternehmensvertretern vor. Dabei wird die Behörde über den Stand der Ermittlungen und wichtige Neuigkeiten informiert. So ergibt sich ein konstanter Informationsfluss, wobei die SEC immer wieder Einfluss auf den Ermittlungsgegenstand nehmen kann. Bei ihren Informationsgesuchen berücksichtigt die SEC das ausländische Recht nicht von sich aus, dessen Einhaltung obliegt aus ihrer Sicht den Unternehmen und Anwälten. Auch deutsche Behörden, so im Fall Siemens etwa die Staatsanwaltschaft München I können Einfluss auf den Unternehmensgegenstand nehmen, indem sie z.B. Dokumente beschlagnahmt und Kontaktsperren zu bestimmten Zeugen verhängt. Eine absolute Kontrolle des Informationsflusses besteht indes nicht.

Die Behörden erhalten in der Regel nur Zusammenfassungen von Fakten und besonders bedeutsame Dokumente. Nach Angaben der Anwälte handelt es sich dabei nur um einen Bruchteil der tatsächlich erhobenen Informationen. Während manche Kanzleien der SEC auch Protokolle von Mitarbeiterinterviews zukommen lassen, kritisieren andere Sozietäten dies und übermitteln nur inhaltliche Zusammenfassungen. Ein Informationsfluss von den Behörden an die Anwälte findet nicht statt. Zu beachten ist schließlich, dass Internal Investigations eigene Ermittlungen der Behörden nicht vollständig ersetzen. So ersuchte die SEC unter Mitwirkung des DOJ im Fall Siemens parallel zu den Ermittlungen von Debevoise die Staatsanwaltschaft um Rechtshilfe. Auf dieser Grundlage kam es z.B. zu Zeugenvernehmungen für die SEC in München.

Da Internal Investigations auch der Leitung und Überwachung eines Unternehmens dienen und darauf gerichtet sind, ein ordnungsgemäßes Verhalten in Übereinstimmung mit den für das Unternehmen geltenden Gesetzen sicher zu stellen, um so gefährliche Entwicklungen für ein Unternehmen offen zu legen und diese so weit wie möglich zu vermeiden, gehören sie dem Bereich der *Corporate Governance, Compliance* und dem Risikomanagement an.

## **II. Konfliktfelder**

Ermittlungen durch Private sind in Deutschland grundsätzlich nicht verboten. Vielmehr werden sie als sinnvolle Ergänzung zu der Wahrheitsfindung durch den Staat betrachtet, da sie die Behörden unterstützen und entlasten können. Der zivilverfahrensrechtliche Beibringungsgrundsatz (§ 138 ZPO) und die Beweislastverteilungen des Privatrechts erfordern praktisch, dass Private aktiv zu einer Sachverhaltsaufklärung beitragen. Selbst im Verwaltungs-, Verwaltungsgerichts- und Strafverfahren, in denen die Behörden von Amts wegen zu ermitteln haben (§§ 24 VwVfG, 86 VwGO, 244 Abs. 2 StPO) existiert kein staatliches Ermittlungsmonopol. Gleiches gilt in Bezug auf die Officialmaxime (§ 152 StPO), derzufolge die Einleitung und Durchführung des Strafverfahrens prinzipiell den staatlichen Behörden obliegt. Sofern

Ermittlungen als Dienstleistungen von Rechtsanwälten oder auch Wirtschaftsprüfern durchgeführt werden, gilt grundsätzlich nichts anderes. Ein etwaiges Misstrauen der Behörden, private Ermittler könnten nicht objektiv sein oder würden gar Beweise schönen, kann an der generellen Legitimität privater Ermittlungen nichts ändern.

Allerdings müssen rechtliche Grenzen eingehalten werden. Dazu gehören etwa materielle Verbote des Kernstrafrechts wie z.B. der Tatbestand des Hausfriedensbruchs (§ 123 StGB), der Amtsanmaßung (§ 132 StGB), der Nötigung (§ 240 StGB) sowie Taten, die den persönlichen Lebens- und Geheimbereich gemäß §§ 201 ff. StGB verletzen. Zudem sind staatliche Gegeninteressen zu wahren. Private dürfen die Ermittlungen von Strafverfolgungsbehörden nicht behindern (vgl. § 164 StPO). Betreffen die Ermittlungen individuelles Fehlverhalten, ist zudem den mittelbar wirkenden Grundrechten der Betroffenen Rechnung zu tragen. Insbesondere das allgemeine Persönlichkeitsrecht gemäß Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG kann den Ermittlungen Privater Schranken setzen. Schließlich können spezielle Gesetze zusätzliche Verhaltensgebote oder -verbote für Private aufstellen, die bei Ermittlungen ebenfalls eingreifen, beispielsweise das Arbeits- und Gesellschaftsrecht oder etwa eine Berufsrechtsordnung.

Ziel der vorliegenden Arbeit ist es nicht, sämtliche Gestaltungsformen privater Ermittlungen zu untersuchen. Vielmehr sollen nur die Probleme erörtert werden, die sich bei unternehmensinternen Ermittlungen im Zusammenspiel mit einem SEC-Verfahren ergeben. Zu den Determinanten gehört hiernach erstens der grenzüberschreitende Charakter, der insbesondere zu völkerrechtlichen Problemen (dazu 1.) führen kann. Zweitens haben die handelnden Aktiengesellschaften die Anforderungen des Gesellschaftsrechts (dazu 2.) sowie des Kapitalmarkt- und Wettbewerbsrechts (dazu 3.) zu beachten. Da zu den Ermittlungen die Befragung von Unternehmensmitarbeitern gehört sowie die Auswertung von Geschäftsunterlagen und ähnlichen Daten im Unternehmen, können sich auch Konflikte mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht der Betroffenen ergeben. Das Persönlichkeitsrecht kann insbesondere in dem Recht, sich nicht selbst belasten zu müssen, betroffen sein (*nemo tenetur*, dazu 4.) und ist auch im Datenschutzrecht fest zu machen (dazu 6.). Dabei ist zu beachten, dass es sich bei den Ermittlern um Rechtsanwälte handelt, die die zusätzlichen Anforderungen ihres Berufsrechts, speziell das Anwaltsgeheimnis, einzuhalten haben, die dem allgemeinen Datenschutzrecht vorgehen könnten (dazu 5.). Zudem wird unterstellt, dass sich die Ermittlungen so abspielen, wie soeben dargestellt. Das heißt insbesondere, dass die Ermittlungen der Rechtsanwälte das staatliche Verfahren nur ergänzen und nicht verdrängen sowie dass es nicht zu einer unreflektierten und uneingeschränkten Übernahme der Ermittlungsergebnisse insbesondere seitens der deutschen Behörden kommt.

## **1. Völkerrecht**

Dem Verfahren der Internal Investigations wird zunächst ein Verstoß gegen das Völkerrecht in seiner Ausformung als Staatensouveränität vorgeworfen. Die Ermittlungen werden in den USA initiiert und schwerpunktmäßig in Deutschland durchgeführt. Daher beinhalten sie einen Akt der Grenzüberschreitung. Die rechtliche Regelung von Sachverhalten dieser Art wird durch nationale Normen des internationalen Privat-, Verwaltungs- und Strafrechts einer nationalen Rechtsordnung zugewiesen. Dabei füllt das Völkerrecht aufgrund seiner Ordnungs- und Friedensfunktion Lücken und verhindert durch den Grundsatz der Staatensouveränität Missbräuche sowie unzulässige Übergriffe eines Staats auf die Regelungshoheit anderer.

Die bei Internal Investigations möglicherweise verletzte Staatensouveränität besteht nicht in positiver Form, sondern wird dem ungeschriebenen internationalen Gewohnheitsrecht zu-

geordnet. Gerichte, Grand Juries und Verwaltungsbehörden gleich welchen Rechtsgebiets sind völkerrechtlich als Organe des Staates anzusehen und ihr Handeln ist – sei es formell oder informell – diesem Staat zuzuordnen. Infolgedessen muss die SEC in ihrem Verhalten gegenüber Deutschland das gewohnheitsrechtliche Gebot der Achtung der Staatensouveränität beachten.

Das Prinzip der staatlichen Souveränität bedeutet einerseits die nach innen gerichtete Unabhängigkeit eines jeden Staates, wodurch er grundsätzlich allein nach seinem eigenen Willen entscheiden, Recht setzen und handeln kann. Andererseits impliziert es die nach außen gerichtete Gleichheit, das heißt die Garantie, dass alle Staaten prinzipiell die gleichen Rechte und Pflichten tragen. Somit verfügt jeder Staat über Hoheitsgewalt und ist souverän, wobei dies zugleich seine Grenzen in der Souveränität anderer Staaten findet.

Die Rechtsetzung und die Behördenzuständigkeit an sich sind nicht Gegenstand der vorliegenden Arbeit. Zwar ist auch die relativ große Reichweite der amerikanischen Kapitalmarktgesetze problematisch und die Zuständigkeitserklärung der SEC wird oft als vorschnell kritisiert. Vorliegend ist aber allein von Interesse, ob bei vorausgesetztem Eingreifen des FCPA und der Zuständigkeit der SEC ein Unternehmen, das unter Korruptionsverdacht steht, eine Internal Investigation durchführen darf.

Spätestens seit der so genannten *Lotus*-Entscheidung des Ständigen Internationalen Gerichtshofs (*StIGH*) von 1927 ist allgemein anerkannt, dass Hoheitsakte auf fremdem Staatsgebiet vorbehaltlich einer Gestattung des betroffenen Staates gegen die Staatensouveränität verstoßen und damit völkerrechtswidrig sind. Außerhalb seines Territoriums gebührt einem Staat kein Zwangsausübungsrecht. Ungeklärt ist allerdings bis heute, was unter dem Begriff „Hoheitsakt“ zu verstehen ist. Während einige Stimmen nur Zwangsakte darunter fassen, wollen andere jeden staatlichen Akt, also auch schlicht-hoheitliche Tätigkeiten, darunter subsumieren. Des Weiteren verbietet die *Lotus*-Entscheidung lediglich die unmittelbare Ausübung von Hoheitsgewalt im Ausland, über einen mittelbaren Auslandsbezug, etwa durch die Beauftragung oder eine anderweitige Einbeziehung Privater, sagt sie nichts aus. Dabei ist unklar, ob interne Ermittlungen als staatliche oder private Handlungen zu betrachten sind bzw. wie weit der staatlichen Einfluss bei Ihrer Durchführung reicht.

Eine unmittelbare Tätigkeit der SEC in Deutschland fällt bei Internal Investigations von vornherein außer Betracht, da gerade die durch das Unternehmen mandatierten Anwälte die Untersuchung durchführen. Möglich erscheint es lediglich anzunehmen, dass die Anwälte für die SEC handeln. Teilweise wird dies mit einer schlicht-hoheitlichen Tätigkeit eines Staats im Ausland gleichgesetzt. Ob auch schlicht-hoheitliches Handeln, d.h. ein Vorgehen ohne Zwangsakte einen Hoheitsakt darstellt und folglich im Ausland untersagt ist, ist umstritten. Als zwangsfrei gelten dabei Handlungen, die jede Privatperson auch vornehmen könnte, da sie tatsächlicher Art sind und nur der Vorbereitung eines Hoheitsakts dienen.

Bei der Frage, ob auch schlicht-hoheitliche Handlungen eines Staates im Ausland unzulässig sind, erscheint es überzeugend, auf den Zweck der Ermittlungstätigkeit abzustellen. Es wirkt künstlich, die Informationssammlung von ihrem Ziel, Hoheitsakte zu erlassen, zu abstrahieren. Auf die Rechtmäßigkeit des später zu erlassenden Zwangsakts kann es jedenfalls nicht ankommen, da die Rechtmäßigkeit einer Maßnahme bei ihrer Durchführung feststehen muss und sich nicht erst im Nachhinein ergeben darf. Entscheidend ist außerdem zu berücksichtigen, dass ein Staat seine verfassungsmäßige Ordnung und seine Rechtstradition schützen können muss. Darüber hinaus haben die Behörden eines Staates andere Mittel, um ihren Regelungsauftrag auch im Ausland zu erfüllen. Sie können auf die internationale Behördenkooperation auf der Grundlage von Rechtshilfeersuchen zurückgreifen. Dass dies mehr Aufwand erfordert und mehr Zeit in Anspruch nimmt, vermag daran nichts zu ändern. Schließlich



macht allein die Tatsache, dass es eine Vielzahl an internationalen Kooperationsmechanismen gibt und diese auch von allen beteiligten Staaten genutzt werden deutlich, dass alle in gewissem Maße anerkennen, dass unilaterales Vorgehen höchst angreifbar ist. Insoweit lässt sich folglich doch eine gemeinsame Staatenpraxis erkennen. Folglich verletzen grenzüberschreitende staatliche Ermittlungen die Souveränität des Zielstaates, selbst sofern sie ohne Zwangsakte erfolgen. Da sich diese Argumente auch auf Fälle übertragen lassen, in denen ein Staat Privatpersonen dazu beauftragt für ihn tätig zu werden, gilt dies auch für Handlungen Privater in staatlichem Auftrag.

Allerdings ist nicht jede Einflussnahme eines Staates auf Handlungen von Privatpersonen in anderen Staaten unzulässig. Zwar ist auch dies im Hinblick auf grenzüberschreitende Beweisforderungen, die im Inland gegenüber Privatpersonen mit Zwangsmitteln durchsetzbar sind, umstritten. Beweisforderungen aber, die – wie im Falle von Internal Investigations – anders als *Discovery Orders* oder *Subpoenas* nicht mit Zwang in den USA eingefordert werden können, sondern von der Kooperationsbereitschaft des Unternehmens abhängen, können aber nicht per se als unzulässig gelten. Denn die allgemeine Staatenpraxis zeigt, dass die Anforderung von Auskünften und Beweismitteln aus dem Ausland weit verbreitet ist. Insbesondere das deutsche Recht kennt diese in vielen Bereichen – wie etwa im Verwaltungs-, Steuer-, Kartell- und Bankenaufsichtsrecht. Es trifft zwar nach wie vor zu, dass die Ermittlungen auf einen behördlichen Anstoß hin erfolgen, aber gerade in Zeiten der Globalisierung kann nicht jede Auswirkung auf das Ausland verboten sein, selbst wenn direkte behördliche Akte im Ausland – wie hier vertreten – in jeder Form unzulässig sind. Sonst würde die Arbeit der Behörden erheblich erschwert. Ferner wäre nicht auszuschließen, dass ein Betroffener ihn belastende Informationen bewusst ins Ausland schaffen könnte, um sie so dem Zugriff der zuständigen Behörde zu entziehen, ohne dass er mit negativen Konsequenzen zu rechnen hätte. Folglich lässt sich völkerrechtlich keine Schranke gegen ausländische Auskunftsverlangen begründen, die nicht über national bekannte Informationsanforderungen hinausgehen. Beweisfragen einer Behörde, die sich auf Informationen im Ausland richten, sind somit grundsätzlich völkerrechtlich zulässig. Diese Feststellung bezieht sich indes nur auf informelle Beweisfragen im Zusammenhang mit Internal Investigations und nicht auf die Frage der Zulässigkeit grenzüberschreitender Beweisermittlungen insgesamt. Insbesondere die Lösung des Problems der Discovery-Verfahren und sanktionsbewehrten Subpoenas geht über das Ziel der vorliegenden Arbeit hinaus.

Für das Thema der vorliegenden Arbeit bedeutet das, dass es darauf ankommt, ob Internal Investigations in der hier vorausgesetzten Form Handlungen *im Auftrag* der SEC sind. Welches Recht für die Kategorisierung gilt, ist bislang ungeklärt. Vieles spricht dafür, deutsches Recht zugrunde zu legen, da die Handlung sich unmittelbar im Zielstaat auswirkt, also das Recht des Zielstaats die größte Nähe zum tatsächlichen Geschehen aufweist. Darüber hinaus stünde dem Zielstaat ansonsten keine Möglichkeit zur Verfügung, Handlungen auf dem eigenen Hoheitsgebiet durch eine bestimmte rechtliche Kategorisierung zu untersagen.

Nach deutschem Recht werden Handlungen Privater dem Staat zugeordnet, wenn die Privaten als Beliehene oder als Verwaltungshelfer einzuordnen sind. Ersteres setzt einen offiziellen Beleihungsakt voraus, was im Falle von Internal Investigations nicht vorliegt. Eine Kategorisierung als Verwaltungshelfer erfolgt, wenn eine Behörde die Handlungen eines Privaten in einem solchen Ausmaß durch Weisungen oder andere Einflussnahmemöglichkeiten bestimmt und lenkt, dass er praktisch als ihr „Werkzeug“ erscheint. Danach kommt es darauf an, wem bei der Durchführung der Investigations die Entscheidungsgewalt zukommt. Dies hängt naturgemäß von den jeweiligen Umständen des Einzelfalls ab. Legt man Ermittlungen in der hier vorausgesetzten Form zugrunde, sind die Unternehmen zwar einem erheblichen Druck ausgesetzt, nach den Bedingungen der SEC zu kooperieren und die Behörde lässt auch den

konkreten Ermittlungsgegenstand sowie die Wahl der Anwaltskanzlei nicht ganz unbeeinflusst. Die Behörde hat aber letzten Endes keine wirkliche Möglichkeit, Handlungen vorzugeben. Das Unternehmen entscheidet sich für die Kanzlei und die Anwälte können nur dem Unternehmen frei berichten und müssen dessen Vorgaben befolgen. Die Behörde hat keine direkte Verbindung zu den Anwälten, wenn das Unternehmen die Anwälte nicht dazu anweist. Das Unternehmen oder die Anwälte sind folglich nicht das „Werkzeug“ der Behörde. Sie handeln nicht fremdbestimmt. Die SEC muss sich mit dem Material und den Ermittlungsberichten begnügen, die sie von den Unternehmen erhält. Daher besteht eine gewisse Distanz zwischen den Ermittlungshandlungen und der Behörde, so dass die Investigations auch nicht unmittelbar dem Bereich hoheitlicher Betätigung angehören können. Im Übrigen erschiene es widersprüchlich, das Objekt künftiger förmlicher Verwaltungsmaßnahmen im Vorfeld des Verfahrens zu einem handelnden Subjekt zu erklären. Das Unternehmen beugt sich staatlicher Gewalt und leistet ihr Folge, dann aber kann es sie nicht gleichzeitig selbst ausüben. Folglich sind die Ermittlungen bei einer Kategorisierung anhand des Innenverhältnisses nicht dem Staat zurechenbar.

Darüber hinaus wird vermehrt auch nach dem nach außen erkennbaren Charakter einer Tätigkeit unterschieden. Statt auf die Art und Weise der Durchführung wird also zunehmend darauf abgestellt, ob es sich bei den Tätigkeiten, zu denen der Staat Private auffordert, um Aufgaben der öffentlichen Verwaltung handelt. Internal Investigations gehören einerseits dem Bereich der Compliance, der Corporate Governance und dem Risikomanagement an, die auch nach deutschem Recht von Unternehmen und Unternehmensmitarbeitern ausgehen und damit private Aufgaben sind. Andererseits sind interne Ermittlungen eine Form der Beweiserhebung, die eine Aufgabe der öffentlichen Verwaltung sein könnte. Eine bessere Orientierung könnte sich durch vergleichbare Fälle im deutschen Recht ergeben. Der Anstoß für Ermittlungen Privater ergibt sich häufig aus Gesetzen, die Private dazu verpflichten, Behörden bestimmte Nachweise auszuhändigen oder interne Vorgänge selbst zu kontrollieren und damit in eigener Angelegenheit Beweise zu sammeln und zu übergeben. Die Beteiligten nehmen ihre Aufgaben dabei in Eigenverantwortung wahr, das heißt, die Auskunftspflichten werden als Erweiterung des Aufgabenkreises Privater betrachtet. Dies spricht gegen die Annahme, dass es sich bei Beweisermittlungen zwecks einer Auskunftserteilung um die Wahrnehmung typischer Staatsaufgaben handelt. Ähnlich ist die Lage bei Wirtschaftsprüfern. Der Staat regelt das Ausmaß und den Prüfungsgegenstand, die Prüfung dient allgemeinen Interessen und der Prüfer nimmt eine besondere unabhängige Position ein. Gleichwohl wird seine Tätigkeit nicht dem Staat zugerechnet, da der Wirtschaftsprüfer nur zu der Gesellschaft eine (privatrechtliche) Beziehung unterhält. Daher erscheint es überzeugend auch Internal Investigations nicht dem Staat zuzurechnen.

Ermittlungen von Anwälten zwecks Übermittlung von Informationen an die SEC aus Deutschland sind damit nach der hier vertretenen Ansicht grenzüberschreitende Beweisfragen, die völkerrechtlich zulässig sind. Das Völkerrecht steht folglich Internal Investigations, die durch die SEC in Deutschland angeregt werden, nicht entgegen. Allerdings steht damit noch nicht ihre Zulässigkeit insgesamt fest. Diese hängt maßgeblich von sonstigen deutschen Gesetzen ab.

## **2. Gesellschaftsrecht**

Der Fokus der vorliegenden Untersuchung richtet sich auf deutsche Aktiengesellschaften, also auf Gesellschaften, die ihrer Satzung nach gemäß den Bestimmungen des Aktiengesetzes gegründet wurden sowie auch ihren effektiven (Haupt-) Verwaltungssitz in Deutschland haben. Nach den Regeln des Internationalen Gesellschaftsrechts richtet sich das Statut der hier be-

troffenen Gesellschaften daher nach deutschem Recht. Die ebenfalls vorausgesetzte Notierung an einer amerikanischen Börse ändert daran dem Grunde nach nichts. Das schließt allerdings nicht aus, dass zusätzlich Bestimmungen des amerikanischen Rechts, speziell des Kapitalmarktrechts des Bundes oder eines Einzelstaats, zu berücksichtigen sind. Zu prüfen ist insoweit, welchem Gesellschaftsorgan die Zuständigkeit für die Anordnung von Internal Investigations zukommt und ob eine solche Anordnung generell mit den Vorgaben des deutschen Gesellschaftsrechts vereinbar ist.

In den USA wird eine Entscheidung zur Durchführung von Internal Investigations durch das Senior Management – die führenden Officers, z.B. den Chief Executive Officer (CEO), den Chief Financial Officer (CFO) oder den Chief Legal Officer (CLO) – sowie durch das Board insgesamt oder einen Board-Ausschuss einer Gesellschaft – insbesondere das Audit Committee oder ein ad hoc gebildetes Special Committee – in Betracht gezogen. Insbesondere das Audit Committee ist aufgrund seiner Unabhängigkeit und Expertise geeignet, Internal Investigations anzuordnen. Ein Special Committee wird eingerichtet, wenn diese Merkmale in gesteigerter Form erforderlich sind, z.B. wenn die Verstrickungen eines Korruptionssystems möglicherweise sogar bis in die ständigen Ausschüsse des Board und damit auch in das Audit Committee reichen.

Eine Internal Investigation besteht im Wesentlichen aus zwei Komponenten, die für die Bestimmung der Zuständigkeit nach dem deutschen Gesellschaftsrecht von Bedeutung sind. Erstens werden Informationen über das Unternehmen beschafft und zweitens werden die Ermittlungsergebnisse den Behörden offen gelegt.

Der Aufsichtsrat als das Überwachungsorgan der Gesellschaft kann Dritte mit Überwachungsaufgaben betrauen. Daher scheint sich eine Zuständigkeit des Aufsichtsrats zur Informationsbeschaffung geradezu aufzudrängen. Der Aufsichtsrat hat jedoch kein „Überwachungsmonopol“. Vielmehr ist außer ihm gerade auch der Vorstand zur Überwachung berechtigt und verpflichtet. Die Ebene der leitenden Angestellten ist jedenfalls auch durch den Vorstand zu überwachen. Darüber hinaus werden Internal Investigations teilweise ausdrücklich als Bestandteil der Maßnahmen der Geschäftsführung betrachtet, quasi als Sachverhaltsermittlung, die der Vorbereitung von Personalmaßnahmen und sonstigen Leitungsentscheidungen dient und damit als Vorstandsaufgabe zu kategorisieren ist. Der Vorstand ist zudem für die Aufstellung und Einhaltung der Corporate Governance und die generelle Überprüfung gesetzeskonformen Verhaltens verantwortlich, was insbesondere aus §§ 76 Abs. 1, 91 Abs. 2, 93 Abs. 1 S. 1 AktG sowie aus §§ 130, 30 OWiG hergeleitet wird. Insgesamt liegt damit die Annahme einer sich ergänzenden Zuständigkeit des Vorstands und des Aufsichtsrats nahe. Eine Zuständigkeit der Hauptversammlung hingegen scheidet aus, weil eine geschriebene Kompetenz nicht existiert und die Organisationsstruktur der Aktiengesellschaft insgesamt gegen ungeschriebene Informationsbeschaffungskompetenzen der Hauptversammlung spricht.

Für die sich an die Informationsbeschaffung anschließende Geheimnisoffenlegung gilt, dass der Vorstand der Aktiengesellschaft als „Herr der Geschäftsgeheimnisse“ betrachtet wird. Der Aufsichtsrat kann allerdings die Willensbildung bei wesentlichen Maßnahmen (mit) an sich ziehen, wie sich aus § 111 Abs. 4 S. 2 AktG ergibt. Ferner wird die Einschaltung des Aufsichtsrats in Fragen der Geheimnisoffenbarung ganz überwiegend bei bestehenden oder potentiellen Interessenkonflikten des Vorstands oder einzelner Vorstandsmitglieder für notwendig erachtet. Auch hier ergibt sich demnach eine sich ergänzende Zuständigkeit der beiden Organe. Eine Zuständigkeit der Hauptversammlung scheidet erneut aus, da den Aktionären die offen zu legenden Tatsachen zunächst mitgeteilt werden müssten und es angesichts der großen Anzahl der Aktionäre börsennotierter Gesellschaften und der Schwierigkeiten, ihr Verhalten zu überwachen, kaum zu verantworten wäre, ihnen bedeutende Informationen über

eventuelle Korruptionstaten im Unternehmen mitzuteilen. Die Präferenz der SEC für die Durchführung von Internal Investigations durch ein Audit Committee schließlich ist nicht unmittelbar auf deutsche Aktiengesellschaften übertragbar, da diese insoweit nicht mit dem monistischen US-amerikanischen Gesellschaftsaufbau vergleichbar ist.

Die Anordnung von Internal Investigations ist rechtmäßig, wenn der Vorstand bzw. der Aufsichtsrat dabei nicht gegen ihre Verschwiegenheits-, Treue- oder Sorgfaltspflichten verstoßen. Danach ist eine Offenbarung von Ermittlungsergebnissen zulässig, wenn das jeweils zuständige Organ eine umfassende Interessenabwägung des Geheimhaltungs- und des Offenlegungsinteresses im konkreten Fall vornimmt und dabei keine Person mitwirkt, bei der eine eigene Beteiligung an den zu untersuchenden Korruptionssachverhalten ernsthaft in Betracht kommt.

### **3. Wettbewerbsrecht**

Neben dem Aktiengesetz treffen insbesondere das Kapitalmarkt- und das Wettbewerbsrecht für börsennotierte Unternehmen in Deutschland besondere Regelungen, die Internal Investigations entgegenstehen könnten. Auf dem Gebiet des Kapitalmarktrechts kommen namentlich das Verbot der Weitergabe von Insiderinformationen gemäß den Bestimmungen des Wertpapierhandelsgesetzes (WpHG) in Betracht. Im Wettbewerbsrecht ist speziell auf das Verbot des Verrats von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen nach dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) einzugehen.

Das WpHG ist anwendbar, weil es sich bei Aktiengesellschaften um Unternehmen handelt, die mit Finanzinstrumenten im Sinne von §§ 1, 2 WpHG handeln und die Bestimmungen zur Insiderüberwachung auch bei grenzüberschreitenden Sachverhalten Anwendung finden. Ein Verstoß gegen das Verbot der Weitergabe von Informationen gemäß § 14 WpHG scheidet aber letztlich aus, da Dritten Informationen über das Unternehmen jedenfalls nicht unbefugt mitgeteilt oder zugänglich gemacht werden. Denn aus der Perspektive des Unternehmens ist auch die Informationsweitergabe vorteilhaft und unumgänglich, um Sanktionsreduktionen und Verfahrenseinstellungen seitens der SEC zu erreichen. Dies genügt, um die Weitergabe zu gestatten, selbst sofern nicht kontrolliert werden kann, ob die SEC ihrerseits die Informationen wegen US-amerikanischer gesetzlicher Verpflichtungen weitergeben wird.

Ähnlich stellt sich die Lage im Hinblick auf § 17 UWG dar. Die Regelung ist anwendbar, da im Untersuchungsgegenstand der vorliegenden Arbeit definiert ist, dass lediglich Aktiengesellschaften im Fokus stehen, die ihren Sitz in Deutschland haben. Die Unternehmensleitung, die interne Ermittlungen anordnet, deren Ergebnisse der SEC anschließend zugeleitet werden, verstößt nicht gegen das Verbot der Mitteilung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, weil die Mitteilung auch hier nicht als unbefugt zu betrachten ist, sofern die Organmitglieder pflichtgemäß handeln, d.h. wenn sie die Risiken der internen Ermittlungen für das Gesellschaftswohl umfassend und ohne einen Interessenkonflikt auf einer hinreichenden Informationsgrundlage gegen die Vorteile abgewogen haben und letztere überwiegen.

### **4. Grundrechte: Nemo-tenetur Grundsatz**

Das nemo-tenetur-Prinzip ist das Recht, demzufolge grundsätzlich niemand verpflichtet werden kann, aktiv an der eigenen Strafverfolgung mitzuwirken. Es verbietet also, jemanden zu einer selbstbelastenden Aussage oder sonstigen aktiven Mitwirkungshandlung zu zwingen. Ein Eingreifen des nemo-tenetur-Grundsatzes setzt in sachlicher Hinsicht erstens voraus, dass

auf den Betroffenen Zwang ausgeübt wird. Freiwillige Äußerungen werden nicht erfasst. Zweitens muss dieser Zwang von staatlichen Stellen ausgehen. Neben dem drittens erforderlichen Zwang zur Selbstbelastung gerade mit einer Straftat nach deutschem Recht genügen auch Ordnungswidrigkeiten und ausländische Straftaten. Viertens wird der Betroffene nur vor einer aktiven Selbstbelastung bewahrt – sei es durch Aussagen und Auskünfte oder durch die Herausgabe von Beweismaterial. Die Selbstbelastungsfreiheit bezieht sich fünftens primär auf das Strafverfahren, gilt jedoch grundsätzlich auch in allen anderen Verfahrensarten, wenn dort die Gefahr einer straf- oder ordnungswidrigkeitenrechtlichen Selbstbelastung besteht. Darüber hinaus ist anerkannt, dass der Bürger auch außerhalb behördlicher und gerichtlicher Verfahren des Schutzes bedarf, wenn das Gesetz Aussagepflichten statuiert, die mittels staatlichen Zwangs durchsetzbar sind. Denn dann zwingt der Staat ebenfalls zu einer Selbstbelastung. Dass er dabei nicht der unmittelbare Empfänger der Informationen ist, ändert nichts an einem Eingriff in die Rechte des Betroffenen, kann jedoch bei der Prüfung der Rechtfertigung des Eingriffs Berücksichtigung finden. In personeller Hinsicht kann sich in erster Linie der Beschuldigte bzw. Angeklagte im Strafverfahren auf die Selbstbelastungsfreiheit berufen. Geschützt wird zudem auch der Zeuge, dem allerdings kein vollständiges Aussageverweigerungsrecht, sondern lediglich ein Auskunftsverweigerungsrecht zu einzelnen, speziell ihn oder einen Angehörigen belastenden Punkten gewährt wird. Verdächtigen werden zumindest die Rechte eines Zeugen zugesprochen, ungeachtet der Frage, ob sie als Zeuge oder als Auskunftsperson *sui generis* zu betrachten sind.

Entsprechend der Geltung des *nemo-tenetur*-Prinzips außerhalb des Strafverfahrens bzw. sonstiger behördlicher und gerichtlicher Verfahren, kann sich schließlich auch jeder sonstige Auskunftspflichtige darauf berufen, sofern seine Pflicht gesetzlich vorgegeben und staatlich durchsetzbar ist. Das *nemo-tenetur*-Prinzip kann sodann – wenn sich nicht bereits ein Schweigerecht daraus ergibt – die Koppelung der Auskunftspflicht mit einem Weigerungsrecht oder einem Verwertungsverbot erfordern. Ob die Selbstbelastungsfreiheit nach deutschem Recht auch für juristische Personen gilt – zumal diese zwar nicht straf-, aber ordnungswidrigkeitenrechtlich unmittelbar belangt werden können – ist strittig.

Bei Internal Investigations kommt eine Verletzung der Selbstbelastungsfreiheit des Unternehmens und der Unternehmensmitarbeiter durch einen möglicherweise festzustellenden Zwang zur Durchführung bzw. zur Mitwirkung bei internen Ermittlungen in Betracht.

Hinsichtlich der Verletzung der Rechte betroffener Unternehmen gibt es in den USA keine vergleichbaren Diskussionen, da ein Verstoß gegen Rechte des Unternehmens auf der Grundlage des *Privilege Against Self-Incrimination* von vornherein ausgeschlossen ist, weil dieses unstreitig nicht für juristische Personen gilt. In Deutschland wird die Geltung des Rechts, sich nicht selbst belasten zu müssen, für juristische Personen zumindest teilweise für möglich erachtet. Da aber keine deutsche staatliche Stelle Zwang auf das Unternehmen ausübt und das auf deutschen Grundrechten beruhende *nemo-tenetur* Prinzip nicht für US-amerikanische Behörden gilt, kann nicht gegen das deutsche *nemo-tenetur* Prinzip verstoßen worden sein. Insbesondere kann auch kein diplomatischer Schutz des deutschen Staats gegenüber deutschen Unternehmen geltend gemacht werden, da ein solcher allein bei Extremfällen möglich ist, in denen deutschen Staatsbürgern noch nicht einmal grundrechtliche Mindeststandards gewährt werden, z.B. bei entschädigungslosen Enteignungen oder rechtsstaatswidrigen Inhaftierungen. Der Druck auf ein Unternehmen, in einem ansonsten rechtsstaatlichen Verfahren zu kooperieren, wird kaum als ausreichend erachtet werden können, um diese hohe Schwelle zu erreichen, sodass vorliegend keine konkreten Ansprüche gegen den deutschen Staat geltend gemacht werden können.

Ernsthaft in Betracht zu ziehen ist hingegen ein Verstoß gegen die Rechte der Unternehmensmitarbeiter. Zwar erfolgt auch ihnen gegenüber kein direkter Aussagezwang durch deutsche staatliche Stellen. Die Mitarbeiter könnten aber aufgrund von deutschen Gesetzen gezwungen sein an einer unternehmensinternen Ermittlung mitzuwirken und sich dabei selbst zu belasten. Ob eine solche Aussageverpflichtung im Rahmen der Ermittlungen besteht, ist allerdings umstritten. Unproblematisch verpflichtet zur einer Aussage im Rahmen der Ermittlungen sind zunächst Organmitglieder aufgrund ihrer Organstellung oder aufgrund von §§ 675, 666 BGB (entgeltliche Geschäftsbesorgung). Nach überwiegender Auffassung gilt der Auskunftsanspruch aus § 666 BGB jedoch nicht für einfache Arbeitnehmer, bei denen auf einen allgemeinen Anspruch aus §§ 241 Abs. 2, 242 BGB zurückzugreifen ist. Der Auskunftsanspruch nach § 666 BGB ist weit, besteht unabhängig von einem berechtigten Interesse des Auftraggebers, das über den Erhalt der Information hinausgeht, und kann nur ausnahmsweise nach Treu und Glauben ausgeschlossen sein, wenn der Auftraggeber sein Recht missbraucht, indem er etwa unangemessen häufige bzw. zu weitreichende Anfragen stellt, der Eingriff in das Geheimhaltungsinteresse des Geschäftsführers in Relation zu dem Informationsinteresse des Geschäftsherrn grob außer Verhältnis steht oder das Auskunftsverlangen gar als reine Schikane erscheint. Im Gegensatz dazu setzt der Anspruch aus §§ 241 Abs. 2, 242 BGB voraus, dass der Anspruchsteller in entschuldbarer Weise über Bestehen und Umfang seiner Rechte im Ungewissen ist und der Anspruchsgegner die erforderliche Auskunft unschwer erteilen kann. Das Regel-Ausnahme-Verhältnis ist folglich gegensätzlich zu § 666 BGB: Der Berechtigte muss speziell auf die Informationen des Verpflichteten angewiesen sein und diesem muss die Mitteilung zumutbar sein. Nur dann ist ein Auskunftsanspruch anzuerkennen. Bei Uneinigkeit zwischen den Parteien entscheidet letztlich eine Interessenabwägung nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, bei der insbesondere der Inhalt des konkreten Vertragsverhältnisses sowie einzelne gesetzliche Regelungen und Wertungen einzubeziehen sind. Ob die Gefahr, dass ein Mitarbeiter sich selbst belastet, einen Auskunftsanspruch generell ausschließen kann, ist umstritten. Dabei ist zu berücksichtigen, dass zugunsten der Arbeitnehmer ein hoher Kündigungsschutz besteht und der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer gegenüber Schutzrechte hat. Demgegenüber besteht aber auch eine Loyalitätspflicht des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber. Zudem ist zu berücksichtigen, dass die Aufklärung und das Abstellen von Korruptionstaten nicht nur dem Ruf des Unternehmens dienen, sondern auch anderen Geschädigten wie den Aktionären und Geschäftspartnern, dem fairen Wettbewerb insgesamt sowie dem Wohl der Allgemeinheit. Der Hinweis, dass ein Korruptionssystem in Unternehmen oftmals mit Wissen oder sogar auf Anweisung von Vorgesetzten betrieben wird und einfache Arbeitnehmer lediglich als "*Bauernopfer*" herhalten müssten, sollte ebenfalls nicht dazu dienen, Ermittlungen zu untersagen, sondern vielmehr gerade effektive Ermittlungen ermöglichen, die auch zu einer Verfolgung der Vorgesetzten führt. Schließlich schützt ein Kündigungsrecht den Arbeitnehmer auch nur eingeschränkt vor Konsequenzen im Unternehmen, da eine Kündigung bereits bei einem Verdacht möglich ist. Insgesamt erscheint es speziell bei Arbeitnehmern, die erheblich in Korruptionstaten verwickelt waren, vorzugswürdig, ihr Schweigerecht gegenüber dem Aufklärungsinteresse des Unternehmens zurücktreten zu lassen. Die entsprechenden Auskunftsrechte des Unternehmens sind auch mittels staatlichen Zwangs gemäß § 888 ZPO durchsetzbar.

Diese mit staatlichem Zwang durchsetzbare Verpflichtung der Unternehmensmitarbeiter stellt aber keinen Verstoß gegen das nemo-tenetur Prinzip dar, da sich der Eingriff in ihre Rechte durch ein staatliches Verwendungsverbot rechtfertigen lässt. Dies beruht auf der Erwägung, dass es zwar verhältnismäßig sein kann, den Interessen des Auskunftsberechtigten Vorrang vor jenen des Auskunftspflichtigen einzuräumen. Erst wenn die Informationen aber auch in nachfolgenden straf- und ordnungswidrigkeitenrechtlichen Verfahren gegen den Auskunftspflichtigen verwendet würden, wäre er unverhältnismäßig stark belastet. Weder die Belange des Berechtigten noch das staatliche Strafverfolgungsinteresse könnten einen Eingriff dieses

Ausmaßes rechtfertigen. Erforderlich ist insoweit allerdings tatsächlich ein *Verwendungsverbot* im Sinne eines Beweisverwertungsverbots mit Fernwirkung, da ansonsten der Mitarbeiter schlechter gestellt bliebe, wenn seine Aussage mittelbar für strafrechtliche Zwecke genutzt werden könnte, und der deutsche Gesetzgeber sich in vergleichbaren Fällen (etwa in der Abgaben- und Insolvenzordnung) auch für ein solches entschieden hat.

Zwar sieht es auf den ersten Blick so aus, als werde der Mitarbeiter durch das Bejahen der Auskunftspflicht belastet. Auf lange Sicht aber führt die Auskunftspflicht zu einem Verbot der Verwendung seiner Aussagen, so dass er an seiner empfindlichsten Stelle, der Strafbarkeit, letztlich geschützt wird. Damit überzeugt das Gesamtergebnis und die widerstreitenden Interessen werden optimal zum Ausgleich gebracht. Der Arbeitgeber erhält alle nötigen Informationen, um seine internen Untersuchungen effizient durchzuführen, der straffällige Mitarbeiter muss kooperieren und kann notfalls auch dazu gezwungen werden; was angebracht erscheint, da sonst das Unternehmen zum Schutze seines Schädigers das Nachsehen hätte. Das Strafverfolgungsinteresse des deutschen Staats muss zurückstehen, da nicht ersichtlich ist, weshalb der Staat durch private Ermittlungsinitiativen Informationen gewinnen soll, die er bei staatlichen Ermittlungen, nicht erhalten könnte. Geschädigt wird der Staat jedenfalls nicht, da ein gewöhnliches Ermittlungsverfahren weiterhin eingeleitet und mit den gesetzlich vorgesehenen Mitteln verfolgt werden kann. Eine strafprozessuale Selbstbelastung des Einzelnen ist weder erforderlich noch grundrechtlich vertretbar.

## 5. Anwaltsgeheimnis

Bei unternehmensinternen Ermittlungen wird das Verhältnis zu den beauftragten Anwälten ebenfalls hinterfragt. Während das Anwaltsgeheimnis im deutschen Recht als Schweigepflicht des Rechtsanwalts über sämtliche Informationen zu seinem Mandat und einem korrespondierenden Schweigerecht und einem Beschlagnahmeverbot in staatlichen (Gerichts-) Verfahren ausgestaltet ist, beruht das US-amerikanische Common Law System auf einem Beweissystem mit weitreichenden Offenbarungspflichten (*Discovery*), dem das Anwaltsgeheimnis als sogenanntes *Priviledge*, d.h. als Ausnahme von der generellen Offenlegungspflicht, zugeordnet wird.

Das deutsche Anwaltsgeheimnis gilt für alle Rechtsanwälte, die in Deutschland zu- und niedergelassen oder auf andere Weise registriert rechtmäßig tätig sind. Während eine nur vorübergehende Tätigkeit für Rechtsanwälte aus Mitgliedstaaten der EU, des EWR und der Schweiz nach §§ 2 ff. EuRAG zulässig ist, ist das bei Anwälten aus Drittstaaten nicht der Fall. Anwälte aus Drittstaaten können sich lediglich nach §§ 206, 207 BRAO bei Aufnahme in eine deutsche Rechtsanwaltskammer in Deutschland niederlassen.

Problematisch erscheint die Lage allerdings in Fällen, in denen mehrere Rechtsordnungen einen Regelungsanspruch erheben, was bei grenzüberschreitenden Rechtsberatungen der Fall ist – sei es weil ein Anwalt in mehreren Rechtsordnungen tätig wird (vor Ort oder durch Fernkommunikationsmittel), weil er gleichzeitig in mehreren Berufsordnungen zugelassen ist oder weil ein Arbeitsprodukt unter Mitwirkung mehrerer Rechtsanwälte entsteht, die in unterschiedlichen Staaten zugelassen sind.

Die Wahl deutscher Unternehmen, denen ein Korruptionsverfahren vor der SEC droht und die sich daher entschließen, interne Ermittlungen durchführen zu lassen, fällt in der Regel auf Großkanzleien, die zumindest eine Niederlassung in den USA haben, da Großkanzleien weltweit über personelle Ressourcen und Niederlassungen und die US-amerikanischen Anwälte über Erfahrungen mit den US-Behörden verfügen. Bei deutschen Unternehmen, die an einer

amerikanischen Börse notiert sind, handelt es sich ihrer Natur nach um weltweit tätige Konzerne mit Niederlassungen und Tochtergesellschaften auf mehreren Kontinenten, deren Zentrale sich in Deutschland befindet. Für die vorliegende Untersuchung ist daher ein Sachverhalt zugrunde zu legen, demzufolge der Vorstand einer deutschen Aktiengesellschaft eine amerikanische Großkanzlei in den USA mandatiert, die in der Konzernzentrale in Deutschland und in verschiedenen Standorten weltweit ermitteln soll. Internationale Großkanzleien, die zur Durchführung unternehmensinterner Ermittlungen mandatiert werden, verfügen in der Regel über ein Büro in Deutschland mit in Deutschland niedergelassenen Rechtsanwälten oder über eine deutsche Partnerkanzlei, mit der sie vor Ort kooperieren. Die Anwälte an dem deutschen Standort sind meist in die Arbeit für die konkrete unternehmensinterne Untersuchung eingebunden.

Während das deutsche Berufsrecht nun für in Deutschland zu- und niedergelassene Anwälte gilt, die in der Unternehmenszentrale ermitteln und zumindest kumulativ auch einen Geltungsanspruch für europäische Anwälte erhebt, die vorübergehend in Deutschland tätig sind, gilt es nicht für in den USA zu- und niedergelassenen Anwälte – selbst sofern diese grenzüberschreitend tätig werden. Problematisch ist die Lage erstens dann, wenn ein Anwalt in beiden Rechtsordnungen zugelassen ist, was zugegeben selten der Fall sein wird. Unklarheiten bestehen aber auch, wenn Dokumente arbeitsteilig erstellt werden, also Anwälte aus verschiedenen Jurisdiktionen – speziell der deutschen und der amerikanischen – daran mitgewirkt haben. Während praktisch meist mehrere Rechtsordnungen einen Regelungsanspruch in einem solchen Fall erheben, erscheint es sinnvoller, eine Kollisionsregel zu etablieren, die weniger auf die unterschiedlichen Zulassungsorte der einzelnen Anwälte aufbaut, sondern dies nur als einen Unterpunkt wertet bei der Bestimmung, wo das Mandat insgesamt seinen Schwerpunkt hat. Nach der in der vorliegenden Arbeit vertretenen Auffassung haben grenzüberschreitende Ermittlungen in deutschen Aktiengesellschaften typischerweise ihren Schwerpunkt in Deutschland, da die Unternehmenszentrale in der Regel im Mittelpunkt steht, sodass der Anwendung des deutschen Anwaltsgeheimnisses die größte Legitimität zukommt.

Die Durchführung unternehmensinterner Ermittlungen stellt auch eine anwaltliche Berufsausübung dar. Denkt man an den Beruf des Rechtsanwalts, so drängt sich zwar das Bild des forensisch und kautelarjuristisch arbeitenden Juristen auf. Nebentätigkeiten etwa als Vormund oder Betreuer gehören nicht zu der anwaltlichen Berufsaktivität. Indes ist das Berufsbild des Anwalts auch nicht zu eng zu definieren. Z.B. die Rolle des Vermittlers, Schlichters und Mediators sind noch erfasst. Bei dem Zusammenhang mit der anwaltlichen Berufsausübung kommt es demnach nicht auf klassische Rollenbilder, sondern auf eine rechtsberatende Funktion der Dienstleistung an. Im Rahmen unternehmensinterner Ermittlungen werden die beauftragten Anwälte zwar als Ermittler tätig, was nicht unmittelbar als rechtsberatende Aufgabe erscheint. Die Ermittlungen erfolgen aber zielgerichtet im Hinblick auf mögliche Korruptionsdelikte und die Informationsbedürfnisse der amerikanischen Behörden. Ohne genaue Kenntnisse der einschlägigen Normen und juristische Erfahrungen wäre eine Internal Investigation nicht durchführbar. Durch die Ausgestaltung der Ermittlungen erfolgt daher implizit eine rechtliche Beratung des Unternehmens. Folglich handeln die Anwälte in Ausübung ihres Berufs.

Inhaber des Anwaltsgeheimnisses ist dabei ausschließlich das Unternehmen als Mandant. Insbesondere Organe des Unternehmens oder Organmitglieder sind nicht in den Schutz einbezogen.

Im Rahmen von unternehmensinternen Ermittlungen in der nach der vorliegenden Arbeit zugrunde gelegten Form kommt ein Verstoß gegen das deutsche Anwaltsgeheimnis auf mehrere Arten in Betracht. Es könnte (1) dadurch verletzt werden, dass das Unternehmen zu einem



unfreiwilligen Verzicht auf sein Vertraulichkeitsprivileg gedrängt wird und die Offenlegungen gegenüber der SEC damit unrechtmäßig erfolgen. Ferner könnten (2) zu weitreichende Folgen eines wirksamen Verzichts das deutsche Anwaltsgeheimnis verletzen. Und schließlich könnten (3) die deutschen Behörden gegen Rechte aus dem Anwaltsgeheimnis verstoßen, wenn sie Ermittlungsergebnisse verwerten, die ihnen von der SEC zugeleitet werden. Ein weiterer, ebenfalls denkbarer Eingriff durch deutsche Behörden besteht in einer eingeleiteten Beschlagnahme der Untersuchungsergebnisse. Ein solches Vorgehen jedoch schließt sich an eine interne Ermittlung an und ist nicht ihr unmittelbarer Bestandteil, sodass die Rechtmäßigkeit der Internal Investigation nicht berührt wird und die Zulässigkeit eines solchen Vorgehens im Rahmen der vorliegenden Arbeit nicht untersucht wurde.

- Die Offenlegung gegenüber der SEC (1) verstößt letztlich nicht gegen das Anwaltsgeheimnis. Denn die Anwälte werden nach allen in Betracht kommenden Bewertungsmöglichkeiten gegenüber der SEC wirksam von ihrer Schweigepflicht entbunden, da das Unternehmen der Offenlegung freiwillig und somit wirksam zustimmt.
- Da das Anwaltsgeheimnis nach deutschem Recht auch dann fortbesteht, wenn die Ermittlungsergebnisse gegenüber der SEC offengelegt werden, greift eine weitergehende Freigabe durch die Behörde (2) ungerechtfertigt in das Anwaltsgeheimnis nach deutschem Recht ein. Die Gefahr besteht, da das Anwaltsgeheimnis aufgrund der Offenlegungen gegenüber der SEC in anschließenden Verfahren in den USA unter Geltung der *lex fori* (*Attorney Client Privilege und Work Product Doctrine*) prozessual nicht mehr anerkannt wird. In Deutschland hingegen besteht die Schweigepflicht fort und kann durch prozessuale Schutzinstrumente gewahrt werden. Wenn aber – wie oben dargestellt – bereits die Zulässigkeit grenzüberschreitender Beweisverlangen in Frage gestellt werden kann, dann sollten gerade die lokalen Gegebenheiten berücksichtigt werden. Wenn der betroffene Staat die Auskünfte auch gegen sein eigenes Recht zulassen müsste, wären seine Duldungspflichten wohl überstrapaziert. Nähme der beweisanfordernde Staat den Weg der Rechtshilfe, würde der Betroffene im Regelfall durch die Gerichte seines Heimatstaates vernommen, die ihre eigenen Zeugnisverweigerungsrechte anwenden. Grenzüberschreitende Beweisanfragen sollen keine Grundlage liefern, solche Regelungen zu unterlaufen. Daher gilt, dass die direkte grenzüberschreitende Informationsanforderung nicht über das hinausgehen sollte, was sich auch im Wege der Rechtshilfe in Erfahrung bringen lässt. Daher erscheint es angemessen, keine Ausnahmen aufgrund ausländischer Pflichten zu konstruieren. Demnach sind aufgrund einer Entbindung nach deutschem Recht keine weiteren Offenlegungen zulässig, zu denen das betroffene Unternehmen mit großer Wahrscheinlichkeit in den USA aber verpflichtet werden kann.
- Die Verwertung der Ermittlungsergebnisse durch deutsche Behörden verstößt hingegen *per se* nicht gegen das Anwaltsgeheimnis (3). Von vornherein ausgeschlossen ist dies in Fällen, in denen ein Unternehmen allen Behörden die Berichte und sonstigen Materialien zur Verfügung stellt. Dann nämlich besteht ein wirksamer Verzicht auch gegenüber den deutschen staatlichen Stellen. Ein Verstoß kommt nur dann in Betracht, wenn eine Behörde der anderen Informationen zuleitet. Ein solcher ist aber letztlich nicht feststellbar, da einer Verwertung von Informationen aus Internal Investigations, die von der SEC mitgeteilt werden durch deutsche Behörden keine auf dem Anwaltsgeheimnis aufbauenden Regelungen entgegenstehen. § 252 StPO begründet keine Unverwertbarkeit, da die Norm eine spätere weitere Verwendung der Informationen nicht hindert, wenn ein Anwalt zur Zeit der Übermittlung wirksam von seiner Schweigepflicht entbunden war. Auch andere Regelungen, hindern die Verwertung der mitgeteilten Ermittlungsergebnisse durch die deutschen Behörden nicht. Zwar bedarf die eingeleitete Weiterleitung von Ermittlungsergebnissen einer Rechtsgrundlage. Einer

bloßen Entgegennahme von Informationen auch von ausländischen Stellen steht aber nichts entgegen.

## 6. Datenschutzrecht

Nicht zuletzt ist die Aufmerksamkeit bei der Durchführung von Internal Investigations auf datenschutzrechtliche Bestimmungen zu richten. Dabei sind erstens das Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) sowie zweitens das Telekommunikationsgesetz (TKG) relevant. Es kann insoweit zwischen den Schritten der Informationsbeschaffung (1) einerseits und der Übermittlung (2) an die SEC andererseits differenziert werden.

Die Informationsbeschaffung (1) bei Internal Investigations erfolgt insbesondere durch Auswertung bereits bei dem Unternehmen vorhandener Daten sowie durch Beschaffung neuer Informationen anhand von Befragungen der Mitarbeiter. Korruptionssachverhalte lassen sich zunächst anhand der Geschäftsunterlagen und elektronischen Dokumentationen über die Tätigkeiten der Unternehmensmitarbeiter rekonstruieren. Zu den relevanten Geschäftsunterlagen zählen Aufzeichnungen über Stammdaten der Unternehmensmitarbeiter (Adressen, Kontonummern etc.) sowie über geschäftliche Vorgänge (archivierte Briefe, Faxe, Memoranda, Notizen, Rechnungen, Buchungsvorgänge usw.), sei es in Papier- oder elektronischer Form. Das BDSG bezieht sich auf Unterlagen, die „*Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbaren natürlichen Person*“ beinhalten. Dokumente, die lediglich geschäftsbezogene Daten enthalten oder sich auf die allgemeine Unternehmensorganisation beziehen, ohne Rückschlüsse auf einzelne Mitarbeiter zuzulassen, fallen nicht in den Schutzbereich des BDSG. Das BDSG erfasst den Umgang mit personenbezogenen Daten durch öffentliche und nichtöffentliche Stellen. Ob das Unternehmen selbst oder die Anwaltskanzlei als solche anzusehen ist, ist nicht endgültig geklärt. Teilweise werden nur Stellen, die kleinste Hilfstätigkeiten durchführen, nicht als eigenständige datenverarbeitende Stelle betrachtet. Dabei erscheint insbesondere problematisch, dass die Anwaltskanzlei eine unabhängige Untersuchung durchführen muss, d.h. einen bestimmten Spielraum zur Koordination und Durchführung der einzelnen Schritte haben müssen. Sie führen gerade nicht nur reine technische oder mechanische Hilfsdienste durch. Da aber das Unternehmen letztlich über die Weiterleitung und Verwendung der Daten entscheidet und die Anwälte innerhalb des Mandatsauftrags weisungsgebunden handeln müssen, erscheint es mit einer weiteren Auslegung des BDSG (§ 11) angemessen, sie als Auftragsdatenverarbeiter für das Unternehmen und damit das Unternehmen als datenverarbeitende Stelle anzusehen.

Das BDSG untersagt grundsätzlich jede Datenverarbeitung, es sei denn es liegt ein Erlaubnistatbestand vor. In Betracht kommen bei Internal Investigations lediglich Einwilligungen und ein Erlaubnistatbestand gemäß §§ 27 ff. BDSG. Hinsichtlich einer Einwilligung wird im Rahmen von Beschäftigungsverhältnissen einfacher Arbeitnehmer in der Regel die Freiwilligkeit in Zweifel gezogen. Für die Verarbeitung ihrer Daten gilt sodann § 32 BDSG. § 32 Abs. 1 S. 2 BDSG fordert einen konkreten Straftatverdacht, stellt also hohe Anforderungen. Da aber das Unternehmen nicht davon abgehalten werden darf, eine Untersuchung durchzuführen genügt es, wenn sich der Verdacht auf eine Gruppe von Mitarbeitern bezieht und eine Interessenabwägung zugunsten des Unternehmens ausfällt, was bei den hohen dem Unternehmen drohenden Geldbußen und Kontrollpflichten im Falle von Korruptionssachverhalten in der Regel gegeben sein wird. Hinsichtlich von Mitarbeiterbefragungen – die im Falle von Arbeitnehmern auch dem BDSG unterfallen, selbst wenn sie nicht automatisiert erfolgen – gilt dies analog. In Bezug auf Organmitglieder, die in den Anwendungsbereich von § 28 BDSG fallen, gelten geringere Anforderungen, insbesondere ist kein konkreter Straftatverdacht erforderlich.

Kenntnisse über unternehmensinterne Vorgänge lassen sich zudem aus der E-Mail Korrespondenz der Mitarbeiter und aus Telefonverbindungsdaten gewinnen. Wenn ein Unternehmen die private Nutzung des E-Mail-Systems erlaubt, gilt nach herrschender Ansicht für die Durchsicht von E-Mails nicht das BDSG sondern das noch strengere TKG zumindest für E-Mails während des Sendevorgangs und E-Mails, die auf dem Server des Unternehmens gespeichert sind. Überwiegend wird hier angenommen, dass eine Datenverarbeitung, d.h. eine Sichtung der E-Mails, insgesamt untersagt ist. Zumindest in Fällen, in denen die Voraussetzungen der allgemeinen strafrechtlichen Rechtfertigungstatbestände vorliegen, sollte jedoch von einer zulässigen Verarbeitung ausgegangen werden.

Die Übermittlung nichtanonymisierter oder geschwärzter personenbezogener Daten, die aufgrund des BDSG ebenfalls generell ausgeschlossen ist, wenn kein Erlaubnistatbestand eingreift, unterliegt bei einer Weiterleitung in das außereuropäische Ausland besonderen Einschränkungen, wenn das Zielland nicht über ein angemessenes Datenschutzniveau verfügt (§ 4b, 4c BDSG). Da in den USA kein einheitliches, allgemeines Datenschutzrecht, wie es die EG-Datenschutzrichtlinie und das Bundesdatenschutzgesetz schaffen, existiert und dort allgemein der Transparenz von Informationen insbesondere bei staatlichen Stellen auf der Grundlage des *Freedom of Information Act (FOIA)* der Vorrang eingeräumt wird, gelten die USA als ein Land ohne angemessenes Datenschutzniveau. Eine Übermittlung von Daten ist sodann nur zulässig, wenn sie der Wahrung wichtiger öffentlicher Interessen dient, was hinsichtlich der Aufdeckung und Sanktionierung sowie der Abhilfe von unternehmensweiten Korruptionssystemen durchaus angenommen werden kann. Allerdings muss bei der Übermittlung ferner sichergestellt werden, dass die Daten nicht zu anderen als den übermittelten Zwecken verwendet werden. Dies erscheint in den USA unter den weitreichenden Informationsansprüchen Dritter gegenüber Behörden unter dem FOIA zumindest zweifelhaft. Lediglich wenn die Aufsichtsbehörde die Übermittlung der Informationen genehmigt (§ 4c Abs. 2 BDSG – was voraussetzt, dass die Übermittlung nur mit bestimmten vertraglich festgelegten Garantien erfolgt), erscheint eine Übermittlung mit größerer Sicherheit mit dem BDSG vereinbar.

Die Arbeit wird veröffentlicht bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG in der Reihe *Deutsches, Europäisches und Vergleichendes Wirtschaftsrecht*.

\*\*\*